Curso de HISTÓRIA do Direito

José Reinaldo de Lima Lopes
Rafael Mafei Rabelo Queiroz
Thiago dos Santos Acca

3.ª edição
revista

duzentos mil réis, repetidas tantas vezes quantos forem os indivíduos omitidos, e por fraude, nas penas do artigo 179 do Código Criminal.

§ 5.º Os párocos serão obrigados a ter livros especiais para o registro dos nascimentos e óbitos dos filhos de escravas nascidos desde a data desta lei. Cada omissão sujeitará os párocos a multa de cem mil réis.

Art. 9.º O governo em seus regulamentos poderá impor multas até cem mil réis e penas de prisão simples até um mês.

Art. 10. Ficam revogadas as disposições em contrário. Manda portanto a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nela se contém. O secretário de Estado dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas a façam imprimir, publicar e correr.

Dada no Palácio do Rio de Janeiro, aos vinte e oito de setembro de mil oitocentos setenta e um, quinquagésimo da Independência e do Império.

Princesa imperial Regente.
Theodoro Machado Freire Pereira da Silva.

Carta de lei pela qual Vossa Alteza Imperial manda executar o decreto da Assembléia Geral, que houve por bem sancionar, declarando de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providenciando sobre a criação e tratamento daqueles filhos menores e sobre a libertação anual de escravos, como nela se declara.

Para Vossa Alteza Imperial ver.
O Conselheiro José Agostinho Moreira Guimarães a fez.
Chancelaria-mor do Império.
Francisco de Paula de Negreiros Sayão Lobato.
Transitou em 28 de setembro de 1871.

André Augusto de Pádua Fleury.

Publicada na Secretaria de Estado dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, em 28 de setembro de 1871.

José Agostinho Moreira Guimarães.

DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO E ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO (1857)

JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO

CAPÍTULO 1:
DA NATUREZA DO PODER MODERADOR E ATRIBUTOS DO IMPERANTE

SEÇÃO 1.ª: DA NATUREZA DO PODER MODERADOR E SUA DELEGAÇÃO

§§ 1.º e 2.º O poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao imperador como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos. Constituição, art. 98.

§ 1.º Da natureza do poder Moderador:

265. O poder Moderador, cuja natureza a Constituição esclarece bem em seu art. 98, é a suprema inspeção da nação, é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente com outros para o fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente de todas as instituições fundamentais da nação.

Este poder, que alguns publicistas denominam poder real ou imperial, poder conservador, incontestavelmente existe na nação, pois que não é possível nem por um momento supor que ela não tenha o direito de examinar e reconhecer como funcionam os poderes que ela instituiu para o seu serviço, ou que não tenha o direito de providenciar, de retificar sua direção, de neutralizar seus abusos.

Existe, e é distinto não só do poder Executivo, como de todos os outros; não pode ser exercido, como já indicamos, pela nação em massa, precisa de ser delegado.

As questões, pois, que podem oferecer-se só terão de versar sobre a melhor delegação a fazer, ou sobre as atribuições que propriamente devam pertencer-lhe.

§ 2.º Da delegação do poder Moderador:

266. Na maior parte das monarquias constitucionais e representativas o poder Moderador está reunido ao poder Executivo, de quem forma a parte a mais elevada, e que é exercida pela Coroa, pela ação e direção do monarca. É, porém, mais lógico e conveniente não confiá-lo, e menos confundi-lo, com nenhum outro poder, por isso mesmo que ele tem de inspecionar a todos, já sobre seu exercício próprio, já sobre suas relações recíprocas.

Pelo que toca à personalidade a quem deva ser confiado, não pode haver dúvida em que deve ser ao imperante, por isso mesmo que é o único poder exclusivamente próprio da Coroa, independente do ministério.

O depositário deste grande poder neutro deve estar cercado de todos os respeitos, tradições e esplendor, da força da opinião e do prestígio. A consciência nacional precisa crer

que, superior a todas as paixões, a todos interesses, a toda rivalidade, ninguém pode ter maior desejo e glória do que ele em que os outros poderes ativos funcionem segundo os preceitos fundamentais do Estado e façam a felicidade deste.

É quem tem todos os meios de observar as suas tendências, a força necessária para reprimir as paixões, é quem está sobre a cúpula social vigiando os destinos da nação.

O exercício do poder Moderador é quem evita nos perigos públicos o terrível dilema da ditadura ou da revolução; todos os atributos do monarca levam suas previdentes vistas a não querer nem uma nem outra dessas fatalidades, que quase sempre se entrelaçam e reagem.

Resta, pois, somente examinar quais devam ser suas atribuições, e disso nos ocuparemos no capítulo seguinte.

SEÇÃO 2.ª: DOS ATRIBUTOS DO IMPERANTE

§§ 1.º a 3.º A pessoa do imperador é inviolável e sagrada; ele não está sujeito a responsabilidade alguma. Constituição, art. 99.

Os seus títulos são: imperador constitucional e defensor perpétuo do Brasil; e tem tratamento de majestade imperial. Constituição, art. 100.

§ 1.º Dos atributos pessoais do imperador:

267. Como o poder Moderador é sinônimo do poder imperial, com razão a Constituição em seguida dele reconheceu logo a inviolabilidade e irresponsabilidade do imperante.

Estes atributos são inseparáveis da monarquia, são dogmas políticos consagrados por justo e irrecusável interesse público. É um princípio de ordem e segurança nacional, princípio quanto ao poder perfeitamente resguardado pela responsabilidade ministerial, e quanto aos fatos individuais pela fundada crença de que tão alta posição, a majestade e suas virtudes e ilustração jamais terão ocasião de infringir as leis. Só um sofrimento moral poderia contrariar essa crença.

É por isso mesmo que a lei não institui tribunal algum a respeito, nem pudera estabelecer; nenhum poderia ser competente, nem hábil para julgar a mais alta delegação da soberania nacional, esta teria de descer, deixaria de ser tal desde que fosse obrigada a justificar de qualquer acusação. As razões de interesse público, que dão em parte inviolabilidade ao senador, ao deputado, e até aos membros das Assembléias Provinciais, atuam a respeito do imperante em toda a sua força: ele não é sujeito nem à responsabilidade legal, nem à censura que a lei não pode tolerar sem palpável contradição. A qualidade de imperante é inseparável da pessoa que a exerce; a inviolabilidade ou há de ser geral, ou inútil; não há meio-termo, o monarca ou há de ser monarca ou deixar de sê-lo; um faccioso não deve ter o arbítrio de acusá-lo por título algum; o que seria uma Coroa chamada aos tribunais?

§ 2.º Dos títulos e tratamento do imperador:

268. O imperante é a primeira e a mais elevada representação da soberania e majestade da nação; seus títulos devem ostentar esse alto poder, sua suprema autoridade interior, sua ampla independência exterior.

O título de defensor perpétuo é um título de honra que recorda os atributos do poder Moderador, mas que não atribui à Coroa nenhuma outra autoridade que não esteja estabelecida na Constituição. A qualificação de constitucional ligada ao imperante é um tributo, uma homenagem à lei fundamental do Estado.

§ 3.º Das relações destes atributos e títulos:

269. É desnecessário recordar que estes atributos e títulos estão intimamente ligados com o que já expusemos sobre a delegação dos poderes, representação da nação, sua forma de governo, sua dinastia, e com o que de pois observaremos sobre a sucessão do poder imperial.

É um só todo que embora por método, e por seguir a ordem da Constituição, analisemos em partes separadas, nem por isso deixa de constituir uma unidade, que deve ser completa em suas condições essenciais, para que possa distribuir ao Estado todos os seus benefícios, e fazer a pública felicidade.

CAPÍTULO 2: DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER MODERADOR

SEÇÃO 1.ª: DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER MODERADOR EM GERAL

Parágrafo único. Observações a respeito:

270. Já notamos que o poder Moderador existe na ordem e natureza real dos direitos, e necessidades sociais, que alguém deve exercê-lo, porque não pode ser exercido pela nação em massa, e que a sua delegação não pode ser confiada senão ao imperante como prerrogativas, atos próprios e diretos da Coroa.

O que pode ser objeto, segundo também já indicamos, de alguma questão é a natureza e amplitude das respectivas atribuições.

Como o poder Moderador inspeciona e se exerce sobre todos e cada um dos outros poderes, para maior clareza dividiremos este capítulo em outras tantas seções, e tratando das atribuições assim classificadas, faremos as observações correspondentes.

SEÇÃO 2.ª: DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER MODERADOR RELATIVAS AO PODER LEGISLATIVO

O imperador exerce o poder Moderador:

§ 1.º Nomeando os senadores na forma do art. 43. Constituição, art. 101, § 1.º.

§ 2.º Convocando a Assembléia Geral Extraordinária nos intervalos das sessões quando assim o pede o bem do Império. Constituição, art. 101, § 2.º.

§ 3.º Sancionando os decretos e resoluções da Assembléia Geral, para que tenham força de lei, art. 62. Constituição, art. 101, § 3.º.

§ 4.º Aprovando e suspendendo interinamente as resoluções das Assembléias Provinciais, arts. 86 e 87. Constituição, art. 101, § 4.º, e Ato Adicional, art. 9.

§ 5.º Prorrogando, ou adiando a Assembléia Geral, e dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos em que exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra que a substitua. Constituição, art. 101, § 5.º.

§ 1.º Da nomeação ou escolha dos senadores:

271. Esta atribuição, sem dúvida útil e conseqüente, não pode ser impugnada por título algum, e não deve pertencer a nenhum outro poder senão ao Moderador.

Além das conveniências que apresenta sobre a formação e caracteres do Senado, de que já tratamos em n. 64, é um atributo lógico que deve residir em toda sua liberdade na autoridade imperial, já para que o senador independa do poder Executivo, da influência ministerial, já para que o poder Moderador possa equilibrar as opiniões no Senado ou dirigir suas previsões como as condições políticas aconselharem, já finalmente para que crie os pontos de coadjuvação, ou apoio moral, que em circunstâncias dadas, em uma mudança política, ou no exercício de outras atribuições conservadoras, pode necessitar no Senado, nas províncias, na opinião pública. É uma prerrogativa tanto mais conveniente, por isso mesmo que é limitada pela candidatura, ou apresentação do corpo eleitoral, ao que acresce que a Coroa pode ouvir a opinião do Conselho de Estado sempre que julgue útil.

§ 2.º Da convocação extraordinária da Assembléia Geral:

272. Esta atribuição é também inseparável do poder Moderador; é um justo direito discricionário que não pode ser bem exercido senão por ele, e ao mesmo tempo é um meio indispensável para que possa dirigir e ocorrer às necessidades ou interesses momentosos da nação em circunstâncias imprevistas ou graves. A convocação é feita por decreto, e com a necessária antecedência.

§ 3.º Da sanção das leis ou resoluções da Assembléia Geral:

273. Não devemos reproduzir o que já expusemos em n. 180, onde demonstramos que esta atribuição é uma condição inauferível da monarquia constitucional.

Observaremos somente que ela por sua natureza pertence ao poder Moderador, e que se assim não fora não teria este outro meio de derivar ou remover os perigos de uma medida nociva ou fatal, senão o da dissolução, meio extraordinário que tem limites na natureza das coisas, que agita muitas vezes as paixões, e que pode oferecer graves inconvenientes.

§ 4.º Da aprovação ou suspensão interina das resoluções ou propostas das Assembléias Provinciais:

274. Esta atribuição não está, como alguns pensam, prejudicada pelo Ato Adicional, antes sim em seu inteiro ser e vigor.

Em n. 212 já demonstramos que o art. 9 do Ato Adicional dera às Assembléias Provinciais, além de atribuições legislativas, a faculdade de propor as medidas sobre assuntos a cujo respeito não podem legislar, que julgassem úteis, salvas as restrições consignadas no art. 83 da Constituição.

Tem pois o poder Moderador esta atribuição, que é lógica e conveniente, e que em circunstâncias especiais pode ser de alta utilidade e evitar graves danos a uma província.

É uma sanção, ou não assentimento, provisória sobre providências, que se relacionam de perto com interesses gerais, e que podem demandar uma solução urgente na ausência da Assembléia Geral, isto é, quando ela não se acha reunida.

§ 5.º Da prorrogação, adiamento e dissolução da Câmara dos Deputados:

275. A atribuição da prorrogação é inseparável da faculdade da convocação extraordinária, é de conveniência intuitiva ou em presença de circunstâncias graves, ou no fim de tornar possível a expedição das leis ânuas ou de utilidade e urgência.

A faculdade do adiamento está na mesma ordem; independente da efervescência de paixões pode este ser exigido, ou pela necessidade de prontificar esclarecimentos, ou trabalhos preparatórios de importância, ou pela previsão de circunstâncias especiais que se aproximem ou pela presença de uma peste, ou outra eventualidade extraordinária. Pode também ser aconselhada pela prudência política em uma luta de paixões, durante a irritação dos partidos, poupar uma dissolução, e ser mesmo muito preferível a esse meio. A razão recuperará sua calma e as idéias do bem social predominarão exclusivamente em tempo oportuno.

Pelo que toca à atribuição da dissolução, é preciso cerrar os olhos, não estudar a história política, não consultar a razão, nem as paixões para poder impugná-la.

A Câmara dos Deputados é, e deve ser, a guarda avançada, o baluarte das liberdades públicas, o motor enérgico dos progressos sociais. Sua missão é indispensável, mas por sua força mesma não é sem perigos; a razão e a história o demonstram.

Desde que ela se põe em luta com o ministério, e muito mais quando essa luta é animada de paixões veementes, de excessos, de idéias irritantes, de aspirações frenéticas, qual o meio de evitar os males resultantes desse despotismo ou intolerância? Estará sempre a razão da parte dela, e nunca da parte do ministério, para que seja sempre este quem deva retirar-se?

É sem dúvida uma prerrogativa indispensável e essencialmente ligada ao poder Moderador. Predomine ou não uma facção, intente ou não uma política fatal, desde que se dá um desacordo inconciliável entre a Câmara dos Deputados e o ministério, o poder Moderador é, pela natureza das coisas, chamado a examinar, e em sua consciência apreciar onde entende estar a razão. Se da parte da Câmara cumpre dissolver o ministério; se da parte deste cumpre dissolver aquela, e destarte consultar a nação, para que uma nova eleição manifeste o seu juízo e desejos. Se a nova maioria vem animada das mesmas idéias, então o ministério deve retirar-se; se pelo contrário é de diverso pensar, o acerto da dissolução fica demonstrado, e a harmonia restabelecida.

A Constituição diz com razão, que a dissolução só deve ter lugar em casos graves, por isso mesmo que é medida grave já em si, já em sua origem, que pode estar na má política, ou nos abusos do ministério, porventura já pressentidos pelo país.

É assunto em que a audiência do Conselho de Estado deve ser sempre útil, como observaremos na última seção deste capítulo.

À medida da dissolução deve suceder a convocação imediata da nova Câmara.

SEÇÃO 3.ª: DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER MODERADOR EM RELAÇÃO AO PODER EXECUTIVO

§ 1.º e 2.º. O imperador exerce o poder Moderador, nomeando e demitindo livremente os ministros de Estado. Constituição, art. 101, § 6.º.

§ 1.º Da influência do poder Moderador sobre o poder Executivo:

276. Embora o imperante, o poder Moderador, seja chefe do poder Executivo, estes dois poderes são, e devem ser, distintos; senão teríamos apenas uma fraseologia, e não uma realidade diferente.

O imperante sem o ministro não é poder Executivo, nem os atos deste poder têm vigor sem a assinatura ministerial, sem a responsabilidade, que é garantia indispensável da sociedade.

Compreende-se que o poder Moderador, chefe do poder Executivo, deixe todos os detalhes, toda a administração secundária aos ministros, já para não distrair sua alta atenção fixada sobre os grandes interesses do Estado, já para que as pequenas questões, os pequenos interesses e paixões individuais, pesem só sobre os ministros, tanto no sentido prático da Constituição, como em todas as relações, já finalmente para evitar delongas sumamente prejudiciais; é o que acontece com as presidências, que estão abaixo do ministério. É, porém, também fácil de compreender que o poder imperial tem a missão de influir muito sobre todos os grandes interesses do Estado, como chefe que é do poder Executivo.

Na dependência de sua vigilância permanente estão as instituições, os progressos da civilização, as necessidades sociais, o bem-estar geral. É a alta direção, o espírito elevado, a apreciação da política e da administração superior, enfim o pensamento de impulsão que prefixa a harmonia dos poderes, que tudo antevê, que previne a vigilância nacional.

É o pensamento com que Napoleão I organizava fortemente a França, e Luís Felipe desenvolvia os seus grandes recursos e interesses materiais, para elevar a riqueza nacional, e com ela o poder francês; e é por certo manifesto que antes de exercer-se a atribuição da admissão ministerial, cumpre que os ministros saibam em tempo qual o pensamento que devem ter em vista, ou para que sejam em tudo fiéis a ele, ou para, retirando-se, não o estorvem, no que cometeriam uma falta inqualificável.

§ 2.º Da nomeação e demissão dos ministros:

277. O atributo da livre nomeação e demissão do ministério, no todo ou em parte, é de tal modo inerente à Coroa que não é possível compreender o exercício dela sem essa prerrogativa.

Demitir ou dissolver um ministério é mudar o pessoal do poder Executivo, menos o chefe desse poder; e muitas vezes é mudar a marcha política e administrativa do governo em maior ou menor amplitude.

A dissolução de um ministério é e deve ser um ato que independa de dificuldades, desde que os próprios ministros a solicitem ou que o poder Moderador a julgue conveniente. A composição porém, de um ministério é muito difícil. É preciso descobrir pessoas não só

dotadas das habilitações precisas mas que tenham idéias análogas, as mesmas vistas sobre os negócios públicos, os mesmos princípios; é preciso que essas idéias tenham apoio nas Câmaras e no país. Sem essas e outras condições o ministério ver-se-á em breve sem adesões, sem força, sem poder dar conta de sua árdua missão.

Em regra a Coroa designa o presidente do Conselho de Ministros, ou o compositor do ministério, e o encarregado sob sua inspeção de compô-lo.

SEÇÃO 4.ª: DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER MODERADOR EM RELAÇÃO AO PODER JUDICIAL

O imperador exerce o poder Moderador:

§ 1.º Suspendendo os magistrados nos casos do art. 154. Constituição, art. 101, §7.º.

§ 2.º Perdoando e moderando as penas impostas aos réus condenados por sentença. Constituição, art. 101, § 8.º.

§ 3.º Concedendo anistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade e bem do Estado. Constituição, art. 101, § 9.º.

§ 1.º Da suspensão dos magistrados:

278. Havendo queixa contra os magistrados ou incorrendo eles em responsabilidade, depois de serem ouvidos, das informações necessárias e consulta do Conselho de Estado, se se mostra precisa a sua suspensão, é de necessidade que ela seja determinada, e a ninguém pode com mais propriedade competir essa atribuição do que ao poder Moderador.

O poder Judicial é independente, mas por isso mesmo é de mister que ele seja detido em seu abuso, que não contrarie sua missão, que não postergue e viole impunemente as leis que tinha, por dever, cumprir e fazer respeitar.

É medida reservada para os casos graves, mas que neles deve ser empregada; e medida conservadora em relação à ordem e poder Judicial.

§ 2.º Do perdão ou moderação das penas:

279. Depois de analisar a natureza desta atribuição em suas diversas partes, procuraremos demonstrar a necessidade dela e sua relação com o poder Moderador.

O perdão ou graça é a remissão da condenação, da pena pública; pode ser total ou parcial; ele supõe o delito e a culpabilidade já julgada, e impede a execução.

Pode ser concedido a um ou a muitos, sem que por isso se confunda com a anistia, como depois veremos; não exime a obrigação de indenizar a parte ofendida, como declara o art. 66 do Código Criminal[7], e como é de justiça. Pela nossa legislação, o perdão total reintegra o condenado em seus direitos da data dele em diante, pois que em nenhum caso pode ter efeito retroativo, que a própria lei não tem. Segundo algumas legislações a graça não opera senão sobre a remissão da pena, não desfaz as incapacidades civis e políticas, que pendem do processo de reabilitação.

Em vez do perdão total pode ele, como já dissemos, ser parcial conservando a natureza da pena, mas minorando sua duração ou pelo contrário transformar a pena mais grave em outra menos pesada, caso em que o perdão parcial toma o nome de comutação.

280. Embora alguns impugnem esta faculdade da graça, a razão prática, os ditames da eqüidade a defenderam sempre. Qualquer que seja a per feição ou bondade da lei penal, ela jamais poderá prever e apreciar *a priori* todas as circunstâncias que podem acompanhar um crime e a pessoa do criminoso, circunstâncias que podem ser excepcionais e demandar uma modificação mais ou menos ampla na inflexibilidade da lei; é impossível prever tudo; e a pena não deve prevalecer senão quando é útil à sociedade, quanto serve de exemplo e preenche seus fins.

É pois de mister que haja possibilidade de conciliar a lei com a eqüidade de imitar em nossas imperfeitas instituições humanas esses atributos da Divindade, que anda ao lado da sua justiça.

A quem deverá porém pertencer esta atribuição? Não será ela mais própria do poder Executivo e da responsabilidade ministerial, por isso mesmo que no caso de abuso pode ser muito prejudicial? Sem que desconheçamos a força de algumas das razões que são alegadas, sem impugnarmos a necessidade que há de grande discernimento para evitar a surpresa, para bem apreciar todas as circunstâncias, a necessidade que o coração generoso tem de premunir-se contra as inspirações da compaixão quando não merecida, ainda assim entendemos que é um atributo apropriado ao caráter e natureza do poder Moderador, salva a audiência, ou consulta do Conselho de Estado, que julgamos ser sempre indispensável, e muito principalmente, em certas classes de crimes.

A responsabilidade ministerial a este respeito seria sujeita a muitos inconvenientes, seria preciso estabelecer regras, assemelhar esta atribuição a um novo julgamento; e seria além disso muito difícil, ao mesmo tempo que poderia empecer, ou excitar o exercício de tão bela faculdade quando não conviesse, quando ela não devesse partir senão da inspiração própria da alta inteligência do imperante.

Conforme a lei de 11 de setembro de 1826, a pena de morte jamais é executada sem que primeiro seja interposto o recurso de graça. O decreto de 9 de março de 1837 e o art. 501 do regulamento de 31 de janeiro, confirmam essa justa disposição.

§ 3.º Da concessão da anistia:

281. A anistia é o olvido, a abolição do crime antes mesmo do julgamento dos indivíduos que nele têm tido parte; ela previne a condenação fazendo com que o juízo criminal não proceda ulteriormente; aos ofendidos só resta a ação civil.

A anistia, quando expressamente não excetua algum, compreende todos os delitos concomitantes, e mesmo os que já estão julgados. Quando em vez de geral é limitada, observa-se então os termos dela, ou de sua limitação.

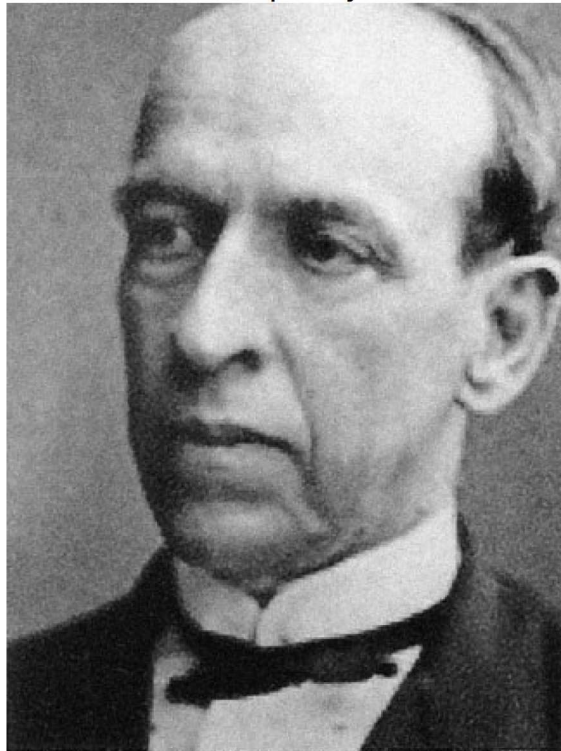
É uma grande atribuição aconselhada assim pela humanidade como pelo bem do Estado, quando se reconhece que os delinqüentes procedem mais desvairados, ou arrastados pelas paixões políticas, ou causas extraordinárias, que pela imoralidade ou inspirações dos crimes. É medida que não deve ser tomada senão quando a ordem pública permite e quando há razão de presumir que ela produzirá seus úteis efeitos.

É um ato de alta política; algumas vezes um importante meio de governo, de calma, de conciliação; convém empregá-lo a propósito para que não perca a sua eficácia.

DA NATUREZA E LIMITES DO PODER MODERADOR (1862)

ZACARIAS DE GÓIS E VASCONCELOS

A suposta demora na solução de um recurso de graça em processo de homicídio levou um dos jornais da Corte a fazer reflexões, que, envolvendo censura ao ministério, a outros órgãos de publicidade pareceu lançarem efetivamente a mira a ponto mais alto, e como tais foram repelidas.

Nesse meio tempo a nomeação de um senador pela província de Minas, efetuada pelo Poder Moderador, havendo provocado da parte de certo candidato, que se julgara preterido, uma circular aos seus comprovincianos, em que lhes dizia que, por evitar-lhes novo desar, abstinha-se de nova candidatura, veio atear aquela já desanimada controvérsia.

Zacarias de Góis e Vasconcelos

Então, de hipótese em hipótese, foi se alargando a discussão na imprensa, até que, perdidos por fim de vista dos dois casos – de graça e de nomeação de senador –, que originaram a polêmica, travou-se esta sobre a índole, em geral, do Poder Moderador e condições de seu exercício.

De um lado sustentou-se que os atos do Poder Moderador, visto como se não podem reputar indiferentes, pois que, ao contrário, são da mais elevada importância, devem de ser compreendidos na regra fundamental do regime representativo – a responsabilidade – e por conseqüência sujeitos à discussão e censura, como quais atos que propriamente pertencem ao Poder Executivo, entendendo-se que os ministros tanto devem responder por estes como por aqueles, à vista da Constituição[8].

De outro lado procurou-se mostrar que, em face da mesma Constituição, tal se não pode afirmar: que os ministros apenas são obrigados a referendar os atos do Poder Executivo, e só por eles conseguintemente são responsáveis; que se assinam os atos do Poder Moderador é para autenticá-los, para fazer constar que são com efeito da Coroa, e nada mais[9].

Os órgãos da imprensa, que se inclinaram à responsabilidade ministerial no que toca aos atos do Poder Moderador, citaram nomes de estadistas do país, ou já mortos, ou ainda vivos, mui vantajosamente reputados na opinião geral.

Não faltaram também aos propugnadores da opinião oposta autoridades respeitáveis entre os publicistas nacionais, e o nome do autor do *Direito público brasileiro* prestou, como era de esperar, aos seus argumentos alguma plausibilidade.

Em tal conjuntura, admirado de ver postas em discussão doutrinas que parecia-me deverem estar bem assentadas e fora de dúvida, pois formam base do sistema representativo, admirado de que, depois de mais de 36 anos de monarquia constitucional no país, se proclame seriamente a existência de um poder, cujos atos se expeçam e obriguem sem haver quem por eles respondam, aventurei-me também a examinar a questão, e as reflexões, que o estudo desse ponto de nosso direito constitucional me sugeriu, são as que adiante vão expostas.

(...)

O que é Poder Moderador

Diz a Constituição do Império no art. 98:

“O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos.”

E no art. 99 dispõe:

“A pessoa do imperador é inviolável e sagrada. Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.”

Refletindo-se um pouco sobre o nosso Poder Moderador, impossível não descobrir nele a teoria engenhosa de um livro francês traduzida na Constituição Política do Império.

Refiro-me ao *Curso de Política Constitucional* de Benjamin Constant.

“Consulte-se a obra em que mr. Benjamin Constant”, diz um distinto historiador, “representou tão engenhosamente a realeza como um poder neutro, moderador, elevado acima dos acidentes, das lutas da sociedade, intervindo só nas grandes crises. Essa idéia cumpre que encerre alguma cousa própria a convencer os espíritos, pois que com singular rapidez passou dos livros aos fatos. Um soberano fez dela, na Constituição do Brasil, a base de seu trono, sendo aí representada a realeza como Poder Moderador, colocado acima dos poderes ativos, como espectador e juiz.”[10]

E, com efeito, a instituição do Poder Moderador passou quase literalmente da teoria do publicista francês para a Constituição do Império.

Assim que, se Benjamin Constant chama a distinção entre o poder real e o Poder Executivo “a chave de toda organização política”, o art. 98 da Constituição diz que o Poder Moderador “é

a chave de toda a organização política".

Se o publicista francês chama os três poderes Legislativo, Executivo e Judicial "as três engrenagens, que devem cooperar, cada uma a sua maneira, ao movimento geral", e o poder real, "uma força que os recoloca em seu lugar", o art. 98 da Constituição diz que a missão do Poder Moderador é velar incessantemente sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos poderes políticos.

Desta sorte arremedou-se Benjamin Constant até na frase figurada, com que se enuncia sobre o poder real, incluindo-se no art. 98 definições sempre impróprias de uma lei, expressões ambíguas, como essas que ficaram indicadas, as quais dão azo à polêmica, ponderando alguns que a chave da organização política é menos este ou aquele poder em si do que a divisão dos poderes, e que a missão de manter a independência, equilíbrio e harmonia dos poderes não é característica de nenhum deles, mas destino de todos. O certo é, dizem, que se o elemento monárquico, com as suas prerrogativas, contém em suas esferas respectivas os poderes Legislativo, Executivo e Judicial, também estes limitam a ação daquele e embaraçam que ele, de vontade única, passe a considerar-se vontade infalível e mesmo divina, como de si supunha Alexandre, argumentando logicamente com a plenitude de seu poder.

Nem a precedente observação é bebida em pura teoria. Publicistas ingleses, tratando do que eles chamam de "balança da Constituição" do seu país, assim se exprimem: "Herein indeed consists the true excellence of the English government that all the parts of it form a mutual check upon each other."[11] A verdadeira excelência do governo inglês consiste em que todas as suas partes componentes reciprocamente se moderam.

Como quer, porém, que seja, compreende-se que o art. 98 da Constituição, falando do Poder Moderador, alude a esse poder que, na moderna teoria política, exerce a suprema inspeção, e forma o laço entre todos os poderes[12].

O poder, de que se trata, consiste, entre nós, na soma de atribuições conferidas ao primeiro representante da nação pelo art. 101 da Constituição, assim concebido:

O Imperador exercer o Poder Moderador:

1.º) Nomeando os senadores, na forma do art. 43.

2.º) Convocando a Assembléia Geral extraordinariamente nos intervalos das sessões, quando assim o pedir o bem do Império.

3.º) Sancionando os decretos e resoluções da Assembléia Geral para que tenham força de lei: art. 62.

4.º) Aprovando e suspendendo interinamente as resoluções dos conselhos provinciais: arts. 86 e 87.

5.º) Prorrogando ou adiando a Assembléia Geral e dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos em que o exigir a salvação do Estado, convocando imediatamente outra, que a substitua.

6.º) Nomeando e demitindo livremente os ministros.

7.º) Suspendendo os magistrados nos casos do art. 154.

8.º) Perdoando e moderando as penas impostas aos réus condenados por sentença.

9.º) Concedendo anistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade e bem do Estado.

Conhecida a natureza do Poder Moderador, ou o complexo de atribuições que o constituem, resta averiguar, e aqui surgem as questões, de que ultimamente a imprensa tanto se ocupou, e sobre que me proponho, por minha vez, dizer o que penso, resta averiguar se no exercício desse poder, privativamente delegado ao imperador, influem, ou não, direta ou indiretamente, os ministros do Estado, se são ou não responsáveis pelo uso do direito de nomear senadores, perdoar e moderar penas etc.

Todas as teses da Constituição, relativas ao Poder Moderador, são, como se vê, dominadas por aquele que solenemente declara a pessoa do imperador inviolável, sagrada, não sujeita a responsabilidade alguma.

Ora, diz o bom senso que declarar (em país livre) irresponsável uma pessoa, a quem se confiam tão transcendentes funções, implicaria grave absurdo, se a sua inviolabilidade não fosse protegida pela responsabilidade de funcionários, sem os quais nada pudesse levar a efeito.

A inviolabilidade do Chefe do Estado sem a correspondente responsabilidade de ministros, que seja inseparável daquela, como a sombra é do corpo, implicaria, disse eu, grave absurdo, porque não há na natureza das coisas, nem pode haver nas leis um meio de evitar que, de qualquer modo, responda por seus atos aquele que não tiver agentes, que tomem, ante a lei e a opinião, a responsabilidade de tais atos. A lembrança do rei inglês, que assentado em uma cadeira de Estado na praia ordenara ao mar que retrocedesse, teria um símile na do chefe de nação livre, que, desacompanhado de agentes responsáveis no exercício de funções importantíssimas, pretendesse opor barreira às ondas de opinião, tão indômitas como as do oceano, para que lhe respeitassem a inviolabilidade.

Isto posto, pretendo mostrar que, pela Constituição, a qual foi promulgada em 1824, os ministros de Estado respondiam por todos os atos do Poder Moderador, como os conselheiros de Estado pelos maus conselhos que nessa matéria dessem; que, depois do Ato Adicional, a responsabilidade ficou só pesando sobre os ministros; que, com a promulgação da lei de 23 de novembro de 1841, de novo o Conselho de Estado partilha com o ministério, cada um na sua órbita, a responsabilidade dos atos do Poder Moderador.

ENSAIO SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO (1862)

VISCONDE DO URUGUAI

§ 2.º: O QUE É CENTRALIZAÇÃO

Fixemos primeiramente, com a possível clareza, em que consiste a centralização, contra a qual tanto clamam principalmente aqueles que ignoram o que ela é e consideram em abstrato